Sygn. akt: KIO 2995/22

POSTANOWIENIE
z dnia 24 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 24 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2022 r. przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Fundusz

Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy ComCERT S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022, poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 2995/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego pn.: „Zakup i wdrożenie usługi SOC (Security Operations Center) wraz z utrzymaniem i wsparciem technicznym”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 października 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 210-602927. Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”).

W dniu 10 listopada 2022 r., Odwołujący, tj. Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Opisu Potrzeb i Wymagań (dalej „OPiW").

Odwołujący zarzucił zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy:

1. Opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w odniesieniu do osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia w charakterze Analityka bezpieczeństwa II linii SOC w sposób nieproporcjonalny i nieprzydatny do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia z uwagi na wymaganie, aby osoby te osiągnęły określone rezultaty w zawodach, treningach, turniejach lub ćwiczeniach z zakresu cyberbezpieczeństwa lub też należały do zespołów, które zajęły określone miejsca w rankingach, co jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, którym nie jest osiągnięcie określonych rezultatów na zawodach z cyberbezpieczeństwa, lecz świadczenia usług SOC, a osiąganie określonych rezultatów na zawodach nie potwierdza wymaganych kompetencji do świadczenia usług SOC przez osoby skierowane do realizacji zamówienia przez wykonawcę, co stanowi naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp;

2. Wymaganie podmiotowych środków dowodowych, które nie są niezbędne do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, że dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania przez osoby mające pełnić funkcję Analityka bezpieczeństwa II linii wsparcia SOC odpowiednich certyfikatów z zakresu cyberbezpieczeństwa, Zamawiający wymaga oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że osoby te osiągnęły określone rezultaty w zawodach, treningach, turniejach lub ćwiczeniach z zakresu cyberbezpieczeństwa lub też należały do zespołów, które zajęły określone miejsca w rankingach, przy jednoczesnym braku wymagania złożenia certyfikatów, albo oświadczeń, że osoby te posiadają certyfikaty, co oznacza, że podmiotowe środki dowodowe nie służą potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego, co jest niezgodne z art. 124 pkt 2) Pzp.

3. Opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia bez wskazania minimalnego poziomu zdolności z uwagi na niewskazanie, czy dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegających na zrealizowaniu dwóch różnych rodzajów usług, określonych w Roz. III ust. 4.1) pkt 1) i 2) OPiW, wykonawca może posłużyć się jedną usługą, która swoim zakresem obejmowała prace określone dla każdego z rodzajów usług opisanych przez Zamawiającego w Roz. III ust. 4.1) pkt 1) i 2) OPiW, co stanowi naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp;

4. Opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia, określonego w Roz. III ust. 4) ust. 1 pkt 2) OPiW w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nieuzasadniony dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, z uwagi na wskazanie nadmiernej liczby tj. minimum 2 pełnowymiarowych usług SOC, świadczonych nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy każda, w środowisku klienta, które spełniają co najmniej jeden warunek tj. ilości EPS (min. 3000), alarmów na dobę (min. 20) i wielkości monitorowanego środowiska (1000 elementów), która to ilość świadczonych usług SOC nie jest niezbędna do wykazania możliwości należytego wykonania zamówienia (dla wykazania należytego wykonania zamówienia adekwatne byłoby wykazanie się przez wykonawcę świadczeniem jednej usługi SOC spełniającym warunki określone w Roz. III ust. 4) ust. 1 pkt 2) OPIW), które to wymagania, z uwagi na wygórowane, nieproporcjonalne wielkości, prowadzą do ograniczenia konkurencji, a jednocześnie nie są uzasadnione oceną możliwości należytego wykonania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 112 ust. 1 oraz art. 16 pkt 3) Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści OPiW poprzez:

1. Wykreślenie w Roz. III ust. 4).3 pkt 2 lit. d) sformułowania „na potwierdzenie warunku należy przedstawić oświadczenie Wykonawcy lub przedstawić dokument potwierdzający zajęcie jednego z trzech pierwszych miejsc w zawodach, treningach, turniejach lub ćwiczeniach z zakresu cyberbezpieczeństwa, w szczególności w:

1. Core NetWars Tournament)

2. Cyber Defense NetWars)

3. DFIR NetWars Tournament)

4. Grid NetWars Tournament)

5. ICS NetWars Tournament)

lub dokumentu potwierdzającego udział w zespole, który w przeciągu ostatnich pięciu lat zajął przynajmniej raz w klasyfikacji polskich zespołów piąte lub lepsze miejsce w światowym rankingu CTFtime".

2. Zastrzeżenie, że dla wykazania doświadczenia polegającego na wykonaniu jednej usługi określonej w Roz. III 4).1 pkt 1) OPiW i polegającego na wykonaniu jednej usługi określonej w Roz. III 4).1 pkt 2) OPiW wykonawca może posłużyć się wykazaniem realizacji jednej usługi, która obejmowała prace ujęte w Roz. III 4).1 pkt 1) oraz pkt 2) OPiW;

3. Zmianę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia określonego w Roz. III 4).1 pkt 2) OPiW w następujący sposób: „co najmniej 1 pełnowymiarowa usługa SOC, świadczona nieprzerwanie przez okres minimum 12 m-cy każda, w środowisku klienta, która spełnia co najmniej jeden z poniższych warunków:

1) systemy klientów generują łącznie co najmniej 3000 EPS lub

2) systemy klientów generują łącznie co najmniej 20 alarmów na dobę lub

3) wielkość monitorowanego środowiska klienta szacowana jest na poziomie 1000 elementów (platformy bezpieczeństwa, stacje robocze, serwery, urządzenia sieciowe itp.).".

Do postępowania odwoławczego w terminie przewidzianym ustawą z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022, poz. 1710 ze zm., dalej ustawa Pzp), przystąpienie po stronie Odwołującego, zgłosił wykonawca ComCERT S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 22 listopada 2022 r., drogą elektroniczną, wpłynęło do Izby oświadczenie Zmawiającego o częściowym uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutu nr 2 co do zasady oraz uwzględnieniu wniosku Odwołującego, w zakresie w jakim zmierza on do zastrzeżenia, że dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków pozostaje oświadczenie wykonawcy.

W dniu 23 listopada 2022 r. Odwołujący, drogą elektroniczną, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania, jednocześnie wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, co Izba odczytała jako wycofanie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów tj. nie uwzględnionych przez Zamawiającego pismem z dn. 22 listopada 2022 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: .....